Submetido em: 24/10/2018

Aprovado em: 19/11/2018

DIREITO À FELICIDADE: DO RECONHECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL ÀS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES

JORDAN ESPÍNDOLA DOS SANTOS[1]

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA[2]

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 2 RECONHECIMENTO NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL À FELICIDADE. 2.1 A previsão do direito à felicidade no mundo. 2.2 Ausência no texto constitucional brasileiro e a "PEC da felicidade". 2.3 Positivação dos termos bem estar, liberdade e segurança como fundamento do direito à felicidade. 2.4 Derivação lógica do princípio da dignidade humana. 3 RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO À FELICIDADE. 3.1 Pioneirismo norte-americano. 3.2 Reconhecimento em âmbito interno: os casos da união homoafetiva, das pesquisas com células-tronco embrionárias e do tratamento de soropositivos. 4 IMPLICAÇÕES NEGATIVAS DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À FELICIDADE (CRÍTICAS À PROPOSTA). 4.1 Subjetividade do conceito. 4.2 (Suposta) Banalização dos direitos fundamentais. 4.3 A "carta branca" para as decisões judiciais. 4.4 O problema dos custos e da valoração financeira da felicidade. 5 EFEITOS POSITIVOS DO RECONHECIMENTO. 5.1 Participação popular e influência nas decisões públicas. 5.2 Felicidade coletiva como objetivo das decisões. 5.3 Felicidade como liberdade e a oferta pelo Estado dos meios necessários à busca da felicidade (bem estar). CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.*

RESUMO

O reconhecimento do direito à felicidade como um direito de índole fundamental no ordenamento jurídico brasileiro é tema que angariou grande visibilidade nos últimos anos mas ainda é carente de investigação e debate. Este artigo visa, por meio de pesquisa de cunho exploratório e optando por uma abordagem qualitativa, analisar a conceituação, a evolução histórica no Brasil e no mundo, a delimitação e especialmente o reconhecimento desse direito, tanto no âmbito doutrinário quanto no domínio

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UFMT, em Direito Constitucional aplicado pela Faculdade Damásio, em Direito Militar pela Anhanguera e em Gestão de Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar Costa Verde (APMCV). Bacharel em Direito pela UFMT e em Segurança Pública pela APMCV. Major da Polícia Militar de Mato Grosso.

[2] Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Maro Grosso (UFMT). Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da UFMT, Coordenador Titular do Mestrado em Direito da UFMT, Líder do Grupo de Pesquisa Direito Civil Contemporâneo e Coordenador do Laboratório de Direito Civil Contemporâneo. Advogado e Membro de Conselho Editorial e Revisor de diversas revistas jurídicas.

jurisprudencial, bem como debater as possíveis consequências de tal reconhecimento. Com técnica de pesquisa bibliográfica nas principais obras e documental nos mais relevantes julgados relacionados ao assunto, sobretudo do Supremo Tribunal Federal do Brasil, e usando a hermenêutica jurídica como procedimento metodológico, é possível vislumbrar-se um já consistente reconhecimento jurídico do direito à felicidade como um direito fundamental em nosso território, e, desse modo, sua afirmação e concretização deve ser garantida, almejada e otimizada pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à felicidade. Busca da felicidade. Direito fundamental. Reconhecimento.

RIGHT TO HAPPINESS: FROM RECOGNITION AS A FUNDAMENTAL RIGHT TO POSSIBLE IMPLICATIONS

ABSTRACT

The recognition of the right to happiness as a fundamental right in the Brazilian legal system is a topic that has gained great visibility in recente years but is still lacking in research and debate. This article aims, through exploratory research and choosing a qualitative approach, to analyze the conceptualization, the historical evolution in Brazil and in the world, the delimitation and especially the recognition of this right, in the doctrinal as well as jurisprudential domain, as well as in the how to discuss the possible consequences of such recognition. With a bibliographical research technique in the main Works and documentar in the most relevant judgements related to the subject, especially the Federal Supreme Court of Brazil, and using legal hermeneutics as a methodological procedure, it is possible to envisage an already consistente legal recognition of the right to happiness as a fundamental right in our territory, and, therefore, its affirmation and concetrization must be guaranteed, sought and optimized by the State.

KEYWORDS: Right to happiness. Pursuit of happiness. Fundamental right. Recognition.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa uma análise de um instigante tema relacionado aos direitos humanos e fundamentais: o direito à felicidade (ou o direito à busca da felicidade).

De difícil conceituação e, mais ainda, de dificílima delimitação, o direito à felicidade tem sido objeto de estudos científicos e discussões jurídicas e políticas em âmbito nacional, sobretudo em razão da penosa tarefa que é a de demarcar seus contornos.

O tema veio à tona com maior destaque com a Proposta de Emenda Constitucional nº 19[3], de 2010, a qual deu visibilidade à tese que reconhece expressamente o direito à busca da felicidade como um direito fundamental, como ocorre em alguns países.

Ganha relevância, então, a investigação científica a respeito de sua definição e, principalmente, em torno de seu reconhecimento como direito fundamental e as possíveis implicações que podem dele decorrer. Esta é a proposta deste artigo.

Para tanto, em um primeiro momento, analisar-se-á o atual panorama tanto normativo, quanto jurisprudencial do reconhecimento (ou não reconhecimento) do direito fundamental à felicidade, considerando se o reconhecimento implícito desse direito já bastaria para que suas implicações surtissem efeito ou se haveria a necessidade de reconhecimento expresso no ordenamento jurídico.

Em um segundo momento, discutir-se-á as possíveis consequências, tanto positivas, quanto negativas do reconhecimento do direito à felicidade como direito fundamental, seja da perspectiva teórica ou mesmo do ponto de vista prático, examinando ambas as implicações por meio de pesquisa de cunho puramente exploratório, com abordagem qualitativa das compreensões jurídicas, técnica predominantemente bibliográfica e documental (julgados), sendo a hermenêutica o procedimento metodológico.

2. RECONHECIMENTO NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL À FELICIDADE

A transposição do tema da felicidade para o direito não é evento recente. A gênese de sua positivação se deu com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, e seria repetida logo após com a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Veja-se a íntegra do artigo "I" da Declaração do "bom povo de Virgínia":

> Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o

[3] BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n° 19, de 2010.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em 29/03/2018.

> gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança[4].

Segundo Fábio Konder Comparato, esse trecho é a certidão de nascimento dos direitos humanos na história, e representa um reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados ao aperfeiçoamento constante de si mesmos, em razão de sua própria natureza. Para o autor, a 'busca da felicidade', repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana[5]. A posição de Fábio Konder Comparato é acertada quanto à importância histórica da positivação dos direitos humanos cuja essência não pode ser outra senão a busca da felicidade e da dignidade.

Também a declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tratou de uma chamada "felicidade geral" como objetivo a ser alcançado, e, mais recentemente, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 estabeleceu o direito à busca da felicidade de forma expressa[6].

Importa conferir a previsão do direito à felicidade em ordenamentos estrangeiros, para então compreender o contexto brasileiro, cuja carência de previsão expressa foi objeto de Proposta de Emenda à Constituição perante o Congresso Nacional.

2.1 A previsão do Direito à Felicidade no mundo.

Além dos documentos internacionais já aludidos, pode-se citar diversos países que tratam de alguma forma a felicidade em suas Constituições, seja reconhecendo como fundamental o direito à felicidade ou à busca da felicidade, seja ressaltando-a como um objetivo a ser alcançado pelo Estado. Países como China, Cuba, Portugal, Butão, França, Coréia do Sul e Japão são alguns exemplos.

---

[4] Disponível em <https://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 10/07/2017.
[5] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
[6] Que os povos americanos dignificaram a pessoa humana e que suas constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade (Disponível em: <https://www.cidh.oas.org>. Acesso em 10/07/2017).

Também a Organização das Nações Unidas reconheceu a felicidade como um direito através de Resolução da Assembleia-Geral no ano de 2011, ocasião em que conclamou às nações que se empenhassem na ampliação da felicidade geral da sociedade[7].

Dentre as diversas Constituições que, de alguma maneira, se referem à felicidade, destacam-se o tratamento positivado nas Cartas japonesa e sul-coreana. Segundo o texto do artigo 10 da Constituição da Coréia do Sul, "*All citizens are assured of human woth and dignity and have the right to pursue happiness*"[8]. Nota-se o reconhecimento expresso e preciso da busca da felicidade no rol dos direitos fundamentais naquela nação.

Já a Constituição Japonesa trouxe previsão mais detalhada e melhor elaborada, uma vez que expõe uma cláusula denotativa de um limite ao alcance do direito à felicidade, uma ideia de proporcionalidade ou de equilíbrio de proteção, na medida em que ressalva que o gozo desse direito não deve interferir no bem estar da coletividade.[9] É de se ressaltar o tratamento japonês à felicidade enquanto direito fundamental, reconhecidamente o mais apropriado ao tema segundo os principais defensores dessa teoria.

Outro caso de grande destaque no assunto é o pequeno reino do Butão, em que a felicidade possui o mais amplo tratamento normativo, com referência em mais de um artigo e com a criação inclusive de um índice de aferição nacional da felicidade, a felicidade nacional bruta, em que o Estado deve se esforçar para promover. No entanto, a proteção fática parece não ser executada com a mesma inteligência por seu governo[10].

2.2 Ausência no Texto Constitucional Brasileiro e a "PEC da Felicidade"

Como já salientado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não traz, em seu texto, a felicidade (ou mesmo a sua busca) como um direito fundamental expressamente,

---

[7] Disponível em <https://nacoesunidas.org/politicas-publicas-devem-ser-voltadas-para-felicidade-e-bem-estar/>. Acesso em 11/07/2017.

[8] Disponível em: <http://korea.assembly.go.kr/res/low_01_read.jsp>. Acesso em 11/07/2017. A tradução do trecho: Todos os cidadãos têm a garantia da dignidade da pessoa humana e tem o direito de buscar a felicidade.

[9] A redação do texto constitucional japonês é a seguinte: "Art. 13 Todas as pessoas deverão ser respeitadas como indivíduos. O direito à vida, liberdade, a busca pela felicidade, contanto que não interfira ao bem-estar público comum, serão de suprema consideração na legislação e em outras instâncias governamentais" (Disponível em <http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>. Acesso em 11/07/2017).

[10] Em sua tese, Saul Tourinho Leal dedica um capítulo ao que chama de "A deturpação da teoria da felicidade no reino do Butão", em que relata que o governo do Butão não tem colocado em prática os mandamentos constitucionais da forma que estão previstos, havendo verdadeira deturpação dos dispositivos constitucionais: "a felicidade da população do Butão tem sido assegurada pelo Governo debaixo de pau. Não parece ser esse o caminho que almejamos [...]". LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição.** 2013. 357 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontífica Universidade Católica, São Paulo, 2013, p. 114.

o que motivou a discussão política do tema no Congresso Nacional por ocasião de duas Propostas de Emenda à Constituição.

A primeira delas, que maior repercussão teve, foi a PEC 19/2010, de autoria do Senador Cristovam Buarque, que objetivava, de forma simples, alterar o texto do artigo 6º da Constituição Federal para acrescentar que os direitos sociais são "essenciais à busca da felicidade".

O projeto, que foi alvo de críticas e até mesmo de chacotas por parte de alguns opositores da ideia, foi apelidada de "PEC da felicidade" e teve, como justificativa principal, a necessidade de se enaltecer a busca da felicidade como um direito fundamental, como impulsionador da atividade estatal em todos os âmbitos em vista da felicidade individual e coletiva:

> A busca individual pela felicidade pressupõe a observância da felicidade coletiva. Há felicidade coletiva quando são adequadamente observados os itens que tornam mais feliz a sociedade, ou seja, justamente os direitos sociais – uma sociedade mais feliz é uma sociedade mais bem desenvolvida, em que todos tenham acesso aos básicos serviços públicos de saúde, educação, previdência social, cultura, lazer, dentre outros[11].

A proposta teve apoio de diversos segmentos da sociedade, mas também encontrou objeções de outros. No âmbito acadêmico, as vozes ecoavam em desfavor da aprovação, sob o argumento de que não teria utilidade alguma no mundo jurídico ou mesmo teria mera função simbólica e de discurso retórico. Frederico Meinberg Ceroy comenta que "não haveria nenhum efeito prático na promulgação de tal emenda, apenas belas palavras a serem acrescidas à Carta Constitucional"[12].

Pontos de vista assim, embora não desprovidos de coerência sobretudo pela análise prática imediata que a alteração constitucional poderia ocasionar, desconsidera a força normativa do texto da Constituição, seja sob a ótica da questão que envolve o fato de a letra da "lei" não ser inútil, ou mesmo da necessidade de afirmação e real concretização de determinados direitos que por vezes são renegados por não possuírem previsão expressa e consagrada no ordenamento. Por essas razões, entende-se que não se pode concluir por uma total irrelevância fática uma possível aprovação da citada Emenda Constitucional.

A outra proposta tramitou perante a Câmara dos Deputados, com o número 513/2010, e, semelhante à primeira, propunha a inclusão do direito à busca da felicidade como direito fundamental da República e direito inerente a cada indivíduo e à sociedade, mediante a dotação,

---

[11] BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 19/10.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/cristovambuarque/arquivos/PEC%20da%20Felicidade.pdf>. Acesso em 11/07/2017.

[12] CEROY, Frederico Meinberg. **A felicidade em Freud e sua transposição para o direito.** Brasília: Edição do Autor, 2014, e-book.

pelo Estado e pela sociedade, das adequadas condições de exercício desse direito. De autoria da Deputada Manuela d'Ávila, a proposta apresentava semelhança às disposições dispostas nas mencionadas constituições japonesa e sul-coreana e buscava "elevar o sentimento ou estado de espírito que invariavelmente é a felicidade ao patamar de um autêntico direito. Mas fato é que o objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito é a busca pela felicidade coletiva"[13].

Em que pese o tema ainda seja objeto de discussões, especialmente em âmbito acadêmico, no Congresso Nacional o tema esfriou, e ambas as propostas de emenda foram arquivadas no ano de 2015[14], ao final da legislatura por força de termos regimentais.

Carlos Alberto Simões de Tomaz, em sua obra "Direito à Felicidade", é outro defensor desse reconhecimento independente de norma constitucional expressa, sobretudo porque as normas autônomas positivadas pelo monopólio do Estado não têm cumprido com efetividade a realização da felicidade humana. Justifica:

> O que pretendemos neste estudo foi demonstrar que o direito à felicidade é direito fundamental do homem. Não pode se reduzir a um imperativo hipotético... [...] A razão prática toma, dessa forma, o Direito como ação, um agir, uma práxis, um saber prático ou uma arte, como se diz aqui e alhures, voltado para a realização da justiça como virtude ética. Todavia, a experiência humana não se tem guiado nesse sentido e a tão defendida autonomia do Direito criado sob um pretenso monopólio do Estado não tem se revelado suficiente no sentido de realizar a felicidade humana[15].

Como dito alhures, entretanto, negar que a previsão expressa no texto constitucional forneceria uma significativa colaboração para a concretização da felicidade humana não é argumento capaz, por si só, de justificar uma necessidade contrária à reforma.

Em suma, o que se apanha desta discussão referente à ausência de expressa e literal previsão constitucional do direito à felicidade, é a de que não seria tal ausência suficiente para negar o reconhecimento desse direito, uma vez que o sistema constitucional por inteiro aponta para esse evidente desiderato. Porém, a aprovação em texto de Emenda Constitucional contribuiria sim para um efetivo reconhecimento e colaboraria como norma programática apta a ensejar políticas de efetivação do direito à felicidade.

2.3 Positivação dos termos de Bem Estar, Liberdade e Segurança como fundamento do Direito à Felicidade.

---

[13] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>. Acesso em 12/07/2017.

[14] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/cristovambuarque/arquivos/PEC%20da%20Felicidade.pdf>. E <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>. Acesso em 12/07/2017.

[15] TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Direito à felicidade.** Belo Horizonte: Folium, 2010, p. 105-106.

Consoante observado no tópico anterior, algumas vozes doutrinárias reclamam não haver necessidade de norma expressa na constituição para que sua autenticidade seja reconhecida. Tal raciocínio é possível a partir do reconhecimento constitucional implícito ao direito à felicidade, em razão da concepção aberta da tipificação constitucional dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do §2° do artigo 5º da Carta de Direitos[16].

Não é imprescindível, então, a inserção da expressão "direito à busca da felicidade" no rol dos direitos fundamentais para que haja o respeito a tal postulado, pois a Constituição Federal de 1988 já estabelece um subsistema direcionado à felicidade, sobretudo com o uso do termo "bem-estar" e por derivação lógica do princípio da dignidade humana[17].

Na chamada "porta de entrada do edifício constitucional brasileiro", o preâmbulo da Constituição, encontra-se amparo ao objetivo macro de proporcionar a busca dos projetos de felicidade dos cidadãos brasileiros, quando se diz que o Estado Democrático brasileiro se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Com entendimento contrário, ou seja, refutando o direito à felicidade como direito implicitamente existente, Erick Winer Resende Silva comenta que, embora exista esse dissenso sobre o direito à busca da felicidade estar ou não implicitamente consagrado na Constituição Federal, a "melhor opção claramente se mostra em admitir que ele não existe implicitamente, pelo menos não de forma significativa a ser considerado como direito subjetivo exigível contra o Estado que baste por si só para garantir a pretensão de alguma pessoa"[18]. O autor desconsidera, então, a existência desse direito, ignorando sua força normativa e os precedentes jurisprudenciais que vêm se formando no Brasil e no mundo, como se verá mais à frente.

Em contrapartida, Saul Tourinho Leal conclui sucintamente, ao abordar a questão no âmbito brasileiro e sul-africano, que ao abraçarem o bem estar em pontos estratégicos em suas constituições, como quanto aos membros da família, o meio ambiente e as relações

---

[16] Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
[17] LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição, cit.** p. 115.
[18] SILVA, Erick Winer Resende. **O direito à busca da felicidade: contribuição à hermenêutica à luz do pensamento de Aristóteles.** 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2013, p. 33.

intergovernamentais, o Brasil e a África do Sul chamam a atenção para o ser humano, e possibilitam uma abertura normativa para a consagração do direito à felicidade prescindindo de uma previsão expressa[19]. Esse posicionamento parece muito mais coerente que o que, como citou-se em Erick Winer Resende Silva, nega reconhecimento implícito ao direito à felicidade, uma vez que a interpretação sistemática da Constituição deve ser entendida como pressuposto básico de qualquer exercício de hermenêutica.

2.4 Derivação Lógica do Princípio da Dignidade Humana.

Outro posicionamento ganha corpo ante à doutrina tendente a reconhecer a legitimidade do direito à felicidade independente de previsão expressa no ordenamento. Trata-se da ideia de ser o direito à felicidade derivação lógica do princípio da dignidade humana, este sim expressamente positivado no inciso III do artigo 1° da Carta cidadã como um dos fundamentos da República, que se constitui em um Estado Democrático e Social de Direito.

O posicionamento foi firmado pelo Ministro Celso de Mello por ocasião de julgamento em abril de 2008, em que o Estado de Pernambuco foi compelido a custear um implante de um Marca-passo Diafragmático Muscular a um jovem, sem o qual este não poderia respirar sem depender de aparelho mecânico, tudo em razão de ter sido vítima de disparo de arma de fogo em um assalto em via pública naquele Estado:

> (...) a realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a este recurso e que se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar depois de meses de estado comatoso [...] ressaltando que deve ser reconhecido a todos o direito referente à busca da felicidade, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana[20].

Em abordagem mais específica, Saul Tourinho Leal corrobora com esse entendimento racional de ser tal direito emanado do próprio princípio da dignidade humana. E aprofunda a questão, alegando que a dignidade, além de fundamentar o direito à felicidade, ainda exerce a

[19] LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição, cit.** p. 245.
[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE.** Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento em 14/04/2008. Diário de Justiça Eletrônico, 09/04/2014.

função de escudo de proteção contra interesses escusos envolvidos com o gozo do direito, uma espécie de baliza limitadora que denomina de proibição dos prazeres perversos:

> A dignidade da pessoa humana é o vetor constitucional que impede que o direito à felicidade se converta, no caso concreto, em fundamento de práticas cruéis, baseadas em prazeres perversos, que ao contrário de aperfeiçoar a jornada civilizatória, atira as conquistas constitucionais num abismo selvagem[21].

Sobre os citados prazeres perversos, o autor destaca que não existe um direito a esses prazeres perversos que causem danos aos outros ou a cada um de nós enquanto sociedade. Não se cogita a sádica argumentação de que determinados sentimentos desumanos, ainda que prazerosos em relação ao anseio do indivíduo, se justifiquem no direito à felicidade:

> Prender um homem que não cometeu um crime não deve ser tolerado se o preso se disser feliz com a cadeia. Práticas imorais, como a escravidão, não podem ser justificadas ao argumento de que a maioria se sente bem com essa vergonha. Existem outros valores ao lado da felicidade que refutam determinadas decisões, independentemente do seu efeito sobre os sentimentos das pessoas afetadas[22].

Por dignidade da pessoa humana, fundamento máximo da República brasileira, pode-se compreender, utilizando da definição de Ingo Wolfgang Sarlet:

> (...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida[23].

Ainda hoje é possível afirmar que o conceito de dignidade da pessoa humana possui um considerável patamar de abertura, que pode ensejar elucubrações diversas sobre sua delimitação, sendo também objeto, por vezes, de crítica quanto à banalização ou vulgarização quando utilizado como fundamento de determinadas decisões. Nem por isso, no entanto, cogita-se afastar seu reconhecimento como norma ápice da estrutura do Estado. É de se constatar, então, que, por si só, o patamar de abertura atualmente considerado no tocante ao conceito do

---

[21] LEAL, Saul Tourinho. **O direito à felicidade no Brasil...** p. 247 e 248.
[22] Idem. p. 245.
[23] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

direito à felicidade não deve ser óbice para seu reconhecimento normativo. Tal conclusão parcial se mostra fundamentadamente coerente.

3 RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO À FELICIDADE

Superada a apreciação do reconhecimento normativo do direito à felicidade, passa-se a averiguar como a questão é tratada no âmbito jurisprudencial.

3.1 Pioneirismo Norte-Americano

Há várias décadas, o Poder Judiciário Americano, especialmente a Suprema Corte daquele país, lida com casos envolvendo o chamado *Pursuit of Happiness*, cujos mais famosos precedentes são lembrados pelo Poder Judiciário brasileiro nas fundamentações aqui apresentadas, embora nem sempre tendo sido absoluto naquele país seu reconhecimento como um direito oponível.

O caso mais emblemático é o que trata do direito de casar, em que Mildred Jeter (cidadã negra) e Richard Loving (cidadão branco), ambos residentes no estado da Virgínia se casaram e foram acusados de violar norma que proibia (ainda em 1958) a miscigenação no casamento. Na Suprema Corte a lei estadual foi afastada e, de acordo com o que expõe Saul Tourinho Leal, o Tribunal registrou que:

> (...) a liberdade de casar há muito tem sido reconhecida como um dos direitos vitais e pessoais essenciais para o exercício regular da felicidade pelo homem livre. O casamento é um dos direitos civis fundamentais do homem, fundamental para nossa própria existência e sobrevivência[24].

Para o autor, o direito é claramente consagrado, assim como o é no Brasil, uma vez que a menção ao direito de liberdade está muito mais próximo de uma representação de um componente da felicidade e da dignidade do que a clássica liberdade consagrada na primeira

[24] LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria...** p. 232.

"geração" de direitos fundamentais, de viés puramente individual contra arbitrariedades estatais.

3.2 Reconhecimento em âmbito interno: os casos de União Homoafetiva, das pesquisas com células-tronco embrionárias e do tratamento soropositivos.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem decidido importantes casos se baseando, no teor de suas fundamentações, no direito à busca da felicidade, como uma conexão entre a teoria da felicidade e a atividade jurisdicional constitucional.

No caso da união estável homoafetiva, a referência obteve mais visibilidade, ocasião em que a Corte fortaleceu a democracia constitucional levando em consideração diversos argumentos, entre eles o direito à busca da felicidade:

> União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana[25].

Embora tal decisão seja objeto de grandes discussões envolvendo tanto polêmicas questões religiosas, políticas, culturais e também jurídicas, foi inegável que prestou significativa contribuição à discussão acerca da felicidade enquanto um direito no âmbito da Corte Suprema.

Outra emblemática decisão fundamentada em parte no direito à busca da felicidade foi a da ADI 3510, que declarou a constitucionalidade da realização de pesquisas científicas para fins terapêuticos com células-tronco embrionárias. Em que pese não conste expressa referência na ementa do acórdão, pois se consistiu na ausência de violação ao direito à vida e na prevalência dos direitos constitucionais à saúde e ao planejamento familiar, mais uma vez, o voto do Ministro Celso de Mello constou:

---

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554/MG.** Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 16/08/2011. Diário de Justiça Eletrônico, 2608/2011.

> Permitirá a esses milhões de brasileiros, que sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado[26].

Constata-se, assim, que o direito à felicidade tem evoluído de um mero argumento de reforço para um elemento autônomo nas decisões proferidas pelo Supremo, contribuindo para a concretização da busca da felicidade como um direito fundamental em sua essência.

Sob o aspecto de um direito oponível ao Estado, que impõe um dever de prestação positiva por parte do ente estatal para viabilizar um patamar considerável de usufruto do direito fundamental à busca da felicidade, tem-se o importante caso que dispôs sobre o custeamento do tratamento dos soropositivos pela rede pública.

Nesse viés, como será melhor apreciado adiante, o direito à felicidade refere-se ao desfrute de instrumentos estatais que auxiliem o indivíduo a executar seus projetos de vida.

Impende destacar que o compromisso estatal de prover o tratamento gratuito aos pacientes soropositivos foi resultado de penosa trajetória, tendo o episódio sido julgado na Suprema Corte brasileira, que conquanto também não teve, à época, em 1998, referência expressa ao direito à felicidade, teve o alerta do Ministro Marco Aurélio para tal objetivo do Estado: "É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem"[27].

Decisões como a transcrita acima tem sido recorrentes no âmbito das lides envolvendo o direito à saúde, e corroboram para a função precípua de um Estado democrático e garantista como se pretende o Brasil.

---

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510.** Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico, 28/05/2010.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 232.469/RS.** Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 12/12/1998. Disponível em: <htpp://www.stf.jus.br>. Acesso em 20/03/2018.

4. IMPLICAÇÕES NEGATIVAS DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À FELICIDADE (CRÍTICAS À PROPOSTA)

Uma vez reconhecido o direito à felicidade como autêntico direito fundamental de cunho social, o questionamento que aflora se refere às suas possíveis implicações no mundo jurídico.

Em se tratando de implicações negativas no campo teórico, ou seja, de possíveis consequências contraproducentes ao Direito e ao Estado, duas delas se destacam: a questão da subjetividade do conceito de felicidade e de direito à felicidade; e a suposta desnecessidade desse direito ou mesmo do reconhecimento a esse direito, cuja defesa é vista por alguns estudiosos como exemplo de uma banalização de direitos fundamentais decorrente do rol constitucional aberto dos direitos fundamentais.

4.1 Subjetividade do Conceito.

O conceito de felicidade e, consequentemente, do direito à felicidade é sim deveras subjetivo, com atributos de imprecisão.

Durante a história, inúmeros cientistas tentaram delimitar o conceito. Filósofos, sociólogos, cientistas políticos, teólogos e até romancistas e outros artistas se dedicaram em esclarecer o tema da felicidade, mas não há consenso no estabelecimento de um conceito fechado. Nem por isso, contudo, uma reflexão a respeito deve ser abandonada, no intuito de se estabelecer algumas balizas para uma noção conceitual.

De antemão, não se deve nem levar em consideração determinadas colocações carregadas de componentes sarcásticos ou de chacotas. Não se está a defender um direito à felicidade a ensejar todos os cidadãos demandando o Poder Judiciário buscando satisfação de todos os seus prazeres em detrimento da promoção estatal. Sobre esse assunto, já foi posta a questão da vedação dos prazeres perversos como um limite ao direito à felicidade.

Para alguns críticos, o conceito não passa de lugar comum sem contornos, uma espécie de adorno teórico, incapaz de solucionar de forma substancial problemas concretos, se não somente retóricos.

Nessa corrente encontra-se Frederico Meinberg Ceroy, para quem "a certeza a que se chega é que os juízos de valor dos homens são inevitavelmente governados por seus desejos de felicidade, e que, portanto, são uma tentativa de escorar suas ilusões com argumentos"[28]. O autor cita o pai da psicanálise, sugerindo que a menção ao direito à felicidade pelos Tribunais (STF e STJ) tratar-se-ia de um engodo, uma ilusão segundo a visão de Freud: "Não é fácil trabalhar cientificamente os sentimentos. Pode-se tentar descrever os seus sinais fisiológicos"[29].

Em observação semelhante, Joyceane Bezerra de Menezes e Rogério Parentoni Martins explicam que "a concepção psicanalítica de felicidade, aliada ao prazer e à ausência de sofrimento, parece escapar aos domínios do Direito, uma vez que nem toda experiência de sofrimento pode ser afastada por meio de normas jurídicas, por exemplo"[30]. Mas prosseguem apontando para a ideia de reconhecimento:

> (...) não se pode prescrever um direito de ser feliz, muito embora se possa estabelecer o direito à busca da felicidade, assegurando a liberdade geral, a autonomia relacional e as condições materiais indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa[31].

Com a devida vênia ao entendimento dos estudiosos acima apresentados, o patamar de abertura ou de subjetividade do conceito não deve ser a justificativa para o afastamento do estudo do tema pelo Direito.

Embora se reconheça a dificuldade de conceituação acima alertada, a felicidade não pode ser abandonada pela ciência que estuda as relações jurídicas que a envolvem.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, não obstante alerte para a dificuldade de delimitação do conceito e dos parâmetros do termo felicidade a partir da concepção de Aristóteles, parece acatar a consagração do direito em comento, em consonância com a ideia de obrigação do Estado em prover as necessidades do povo, aliada ao mandamento constitucional pertinente:

---

[28] CEROY, Frederico Meinberg. *op. cit.* ebook.
[29] FREUD, Sigmunt. *apud* CEROY, Frederico Meinberg. *op. cit.* ebook.
[30] MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério Parentoni. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Vol. 18 – n. 3 - p. 474-491/set-dez 2013, p. 484.
[31] Idem, p. 485.

> Em 'Ética a Nicômaco' a felicidade, para Aristóteles, é composta de tantos ingredientes que seria praticamente impossível a quem quer que seja, usando os parâmetros ali estabelecidos, sentir-se realmente feliz. De qualquer modo, a nossa Constituição Federal, primeiramente em seu preâmbulo e mais adiante no inciso IV do artigo 3º, erige o bem-estar, o bem de todos, como valor supremo. Não só Aristóteles, outros já afirmavam – Jesus, Buda e Pitágoras (em seus versos de ouro) – o papel precípuo dos governantes concernente a tornar o povo feliz. A felicidade não é sinônima de bem-estar. Mas, com certeza, este é importantíssimo ingrediente daquela[32].

Ao menos em relação ao direito à felicidade, Saul Tourinho Leal propõe um conceito próprio, visando amenizar a problemática teórica da subjetividade: "direito a planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências ou desejos legítimos, considerando, nessa tarefa, chances de êxito"[33]. O conceito em questão contribui significativamente para o entendimento do direito em debate, suprimindo a ampla subjetividade da sua compreensão na medida em que estabelece determinados parâmetros objetivos quando se refere a projeto de satisfação de preferências legítimas.

4.2. (Suposta) Banalização dos Direitos Humanos

Outra proposição negativa de ordem teórica é o ponto alusivo à taxação do fenômeno do reconhecimento de novos direitos fundamentais como banalização. Desde o reconhecimento de direitos de índole difusa e/ou coletiva, considerados direitos de segunda e terceira dimensões, como os direitos sociais e o direito ao meio ambiente equilibrado, por exemplo, levantou-se a hipótese de que se estaria cometendo uma vulgarização dos direitos fundamentais, os quais, originalmente, foram concebidos como meios de proteção ao cidadão contra arbitrariedades do Estado, no período liberal e que possuíam somente o caráter individual.

Serve de ilustração a essa problemática da banalização e consequente demanda de novos direitos fundamentais perante o Poder Judiciário a opinião de Alexandre Morais da Rosa:

> [...] as políticas públicas não são a função primordial do Poder Judiciário, sem prejuízo de intervenções tópicas. Em muitos estados da federação, a gestão da saúde passou a acontecer nos foros. Perdemos o limite. O Poder Judiciário não pode ser o balcão da saúde, educação, segurança. Sua função deveria ser outra, dentro dos limites democráticos. Há confusão entre efetivação de direitos e

[32] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Posfácio. *In* GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Coordenadores. **Direito, felicidade e justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 276.
[33] LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria...** p. 225.

> deferimento de toda e qualquer demanda, pois a gestão coletiva não pode ficar à mercê do que um juiz decide ser prioridade[34].

Assim como a passagem acima demonstra, não se trata de crítica infundada a militância que apregoa estar havendo uma inflação de direitos fundamentais a cada dia. Já alertava Ingo Wolfgang Sarlet, em relação ao reconhecimento de novos direitos, para:

> (...) o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu *status* jurídico e científico, além do desprestígio de sua própria fundamentalidade. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal[35].

Não obstante tais alertas, são eles próprios configurados como riscos e não como danos concretos, que devem ser levados em consideração, mas que, atendendo aos critérios devidos e com os cuidados necessários, não podem servir de freio para o alcance pleno do principal objetivo do constitucionalismo em um Estado Democrático de Direito, que é, segundo Luigi Ferrajoli, a garantia de direitos fundamentais. Todos eles. Ferrajoli expõe o que batizou de modelo garantista da moderna democracia constitucional como aquele em que "é subtraído de qualquer poder, tanto público, quanto privado, a possibilidade de revogar qualquer direito fundamental ou outros princípios constitucionalmente estabelecidos"[36]. Dessa forma, a supressão de direitos não deve jamais ser tolerada sob a justificativa de ser difícil sua concretização coletiva.

O reconhecimento do direito à felicidade não se trata de mais um direito para agravar ainda mais a crise de efetividade dos direitos sociais, mas sim um fator de ampliação da efetividade de todos os direitos fundamentais, na medida que propugna ainda mais para o fortalecimento dos direitos envolvidos. Não é consequência da existência de uma (felizmente) extensa gama de direitos previstos constitucionalmente que a eficácia de alguns deles não se mostra plena. Não é negando direitos legítimos que se efetivará quaisquer outros direito.

---

[34] ROSA, Alexandre Morais da. Poder Judiciário não é capaz de salvar ninguém das próprias frustrações. **Revista Consultor Jurídico.** Diário de Classe. 6/09/2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-06/diario-classe-poder-judiciario-nao-capaz-salvar-ninguem-proprias-frustracoes>. Acesso em 09/07/2017.

[35] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. Ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53 e 54.

[36] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** Tradução: SOUZA, Alexander Araújo de; SALIM, Alexandre; NETO, Alfredo Copetti; TRINDADE, André Karam; JÚNIOR, Hermes Zaneti; MENIN, Leonardo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 59.

4.3 A "Carta Branca" para as Decisões Judiciais

Algumas conjecturas acerca das dificuldades práticas de efetivação do direito à felicidade podem ser levantadas, da mesma maneira que o são quando se fala em eficácia de determinados direitos fundamentais de índole social e coletiva, tais como o direito à saúde, ao meio ambiente, e também à segurança pública.

O apontamento crítico da dificuldade prática de efetivação do direito à felicidade com base em uma suposta "carta branca" para servir de fundamentação a toda e qualquer demanda judicial em que se queira defender um posicionamento se dá em razão da ainda carente delimitação do conceito de felicidade e dela como um direito fundamental.

Fala-se em uma crise retórica, em que o reconhecimento desse direito poderia descambar para um mau uso de seus conceitos, cuja abertura pode, ao invés de viabilizar uma maior efetividade à proteção do direito, prejudicar a prestação jurisdicional, uma vez que esse uso equivocado do conceito pode ensejar a possibilidade de fundamentação de qualquer decisão com base no direito à felicidade, assim como tem sido discutido em relação aos conceitos de proporcionalidade e da já mencionada dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Frederico Meinberg Ceroy, valendo-se da obra de Freud, coloca que:

> (...) o pai da psicanálise diz que não há caminho para todas as pessoas na busca da felicidade. Cada uma tem de descobrir a sua maneira particular de ser feliz. Por óbvio, se a felicidade é individual, não poderá o estado proporcionar a busca da felicidade das pessoas com base em um "menu" socialmente aceito em determinada época social[37].

Ocorre, entretanto, que, recordando a justificativa da arquivada PEC 19/10, argumentava-se não ser objetivo da emenda proporcionar um cenário propício à judicialização desarrazoada desse direito:

> Evidentemente as alterações não buscam autorizar um indivíduo a requerer do Estado ou de um particular uma providência egoística a pretexto de atender à sua felicidade. Este tipo de patologia não é alcançado pelo que aqui se propõe,

[37] CEROY, Frederico Meinberg. *op. cit.* ebook.

> o que seja, repita-se, a inclusão da felicidade como objetivo do Estado e direito de todos[38].

Em mais uma crítica, Frederico Meinberg Ceroy alega, nesse ponto, que na atual configuração do princípio ou do direito à busca da felicidade, "é possível corroborar qualquer tipo de demanda, por mais absurda que seja. Afinal, o demandante tem o direito a ser feliz ou direito a buscar a felicidade"[39].

A afirmação não dá ares de estar em consonância com a verdadeira concepção de direito à felicidade conforme trabalhado aqui, com apoio da doutrina e da jurisprudência Supremo Tribunal Federal, e também no exposto pelos parlamentares nas propostas de emenda.

"Não há sustentação teórica na afirmação de que falar de felicidade, aliada ao Direito, corresponde navegar num oceano moral, ou no Direito Natural, e não jurídico".[40] A afirmação é também de Saul Tourinho Leal, em cujo conceito de direito à felicidade, pode-se amparar para afastar a possibilidade de estar assinando um "cheque em branco" para que os juízes se utilizem de argumentos retóricos no intuito de legitimar qualquer decisão que queiram. Como já exposto, seria um direito a planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências ou desejos legítimos, considerando, nessa tarefa, chances de êxito. O destaque ao termo desejos "legítimos" repele as intenções perversas que, por ventura, venham a ser pleiteadas sob abrigo do direito à felicidade.

4.4 O Problema dos Custos e da Valorização Financeira da Felicidade

É também um problema de ordem prática apontado para a efetivação do direito à felicidade a questão dos custos ao Estado na promoção destes direitos.

O tema dá azo para infindáveis discussões, já que é inegável a finitude dos recursos disponíveis para o fomento dos direitos fundamentais e a infinidade de possibilidades de gastos com a implementação desses direitos.

---

[38] BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 19/10.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/cristovambuarque/arquivos/PEC%20da%20Felicidade.pdf>. Acesso em 11/07/2017.
[39] CEROY, Frederico Meinberg. *op. cit.* ebook.
[40] LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria...** p. 198.

Em relação ao direito à saúde, por exemplo, a questão parece ser cada vez mais polemizada, mas também estudada e debatida no intuito de se avançar na prestação desse direito fundamental.

A discussão se daria, então, relacionada a dificuldade de reconhecimento do direito à busca da felicidade, uma vez que sua efetiva implementação esbarraria no dispêndio de recursos incompatíveis com a realidade econômico-financeira de qualquer Estado, sobretudo os mais pobres, o que colocaria em descrédito a função garantidora do Estado.

Até mesmo a definição de questões atualmente bastante em voga como o conceito de um mínimo existencial e de uma reserva do possível ao Estado se mostram distantes de um domínio pacificado nas demandas judiciais envolvendo a concretização ao direito à saúde por parte do sistema público. Tal dificuldade, porém, não enseja a negação do direito à saúde como um direito fundamental.

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco entendem que "parece sensato concluir que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve" [41]. E continuam argumentando que: "Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos[42].

Uma coisa que se pode compreender sem qualquer receio, é o fato de que a dificuldade de implementação satisfatória de qualquer direito social esbarra na questão da escassez de recursos. Porém, tal obstáculo financeiro não pode ser considerado apto à negar a existência dos direitos fundamentais difusos, tal como o direito à felicidade.

5. EFEITOS POSITIVOS DO RECONHECIMENTO

[41] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ebook.
[42] Idem.

Por óbvio, inúmeros efeitos positivos podem ser elencados com a consagração do direito à felicidade como de índole fundamental.

O viés da felicidade geral ou pública e a busca individual da felicidade enquanto direito fundamental são as duas vertentes das consequências positivas advindas do reconhecimento do direito à felicidade como um direito fundamental.

5.1 Participação Popular e Influência nas Decisões Públicas.

Como dito, o alcance da otimização da felicidade pública é, sem dúvida, uma consequência benéfica resultante do reconhecimento da felicidade como um direito fundamental. Quanto a esse alcance, pode-se destacar a felicidade pública implementada por meio da proposta de aumento da participação popular nas mais diversas decisões públicas, seja através dos mecanismos de democracia direta ou indireta.

Saul Tourinho Leal distingue a felicidade individual da pública afirmando que esta envolve o sentimento de realização com a efetivação de ações com repercussão para além de seu âmbito individual, ou seja, ao menos em relação a seu ambiente social. Para ele, "felicidade pública é a satisfação sentida pelo ser humano ao se perceber como parte de uma comunidade política, notadamente, quando ele participa das decisões de impacto coletivo"[43].

Tal sensação só é possível de ser construída quando o Estado proporciona meios efetivos de participação popular, o que só é vislumbrável em regimes democráticos. O Constitucionalismo democrático é a vertente de Estado que possibilita a expansão desse sentimento solidário, muito ligado à felicidade.

De acordo com Clèmerson Merlin Clèver:

> (...) a Constituição, é necessário reconhecer, reclama transformação rumo à satisfação dos objetivos fundamentais por ela elencados, particularmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Aqui, o Estado tem um papel a cumprir. [...] É claro que a Lei Fundamental apresenta uma tábua referencial avançada que deve ser efetivada, realizada, concretizada. Mas para além dos aparentes consensos, sempre fáceis na dimensão mais abstrata, manifestam-se dissensos sobre o modo concreto de realização de promessas ou pautas genéricas. O teor compromissório da normativa constitucional não é capaz de superar todas as disputas emergentes numa sociedade aberta,

[43] LEAL, Saul Tourinho. **O direito à felicidade no Brasil...** p. 235.

> dinâmica e, mais do que isso, a desafiar, com urgência, solução para as questões sociais que vão se acumulando, sem resposta adequada, há séculos[44].

A contribuição que se pode aferir então do reconhecimento do direito fundamental à felicidade no âmbito da felicidade pública é o impulso ainda maior da democracia e da participação popular legítima nas decisões públicas, o que contribui não só com a própria satisfação do direito à felicidade aqui abordado, mas também com uma série de outros benefícios, como o incentivo a uma série de práticas inerentes à democracia e ao republicanismo, tais como uma melhor transparência pública, a supremacia do interesse público e a eficaz prestação dos serviços públicos.

5.2 Felicidade Coetiva como Objetivo das Decisões

O outro ponto positivo é o reconhecimento da felicidade como um direito fundamental aliado ao consenso da felicidade coletiva como o principal objetivo da prestação estatal, especialmente da prestação jurisdicional, em cujas decisões a felicidade coletiva deveria de ser sempre o desiderato implícito constante.

Luis Roberto Barroso apregoa que:

> O Constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensaram algumas das grandes promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, solidariedade, tolerância e- quem sabe? – até felicidade[45].

Com tal citação, pode-se compreender que uma das principais funções do constitucionalismo democrático é a efetivação dos valores mais caros à sociedade, como os citados direitos fundamentais, dignidade humana e solidariedade. Nesse contexto, então, o reconhecimento da felicidade como valor fundamental de igual importância, a ser perseguido por todos nós, não pode andar apartado do direito.

No âmbito da atuação do Poder Judiciário como ente estatal hábil à garantir o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, tem-se o viés

---

[44] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Prefácio. *In* GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Coordenadores. **Direito, felicidade e justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 11.
[45] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 532.

utilitarista moderado, que tem, como finalidade maior nas decisões, a ampliação da felicidade do maior número de pessoas, sem contudo invadir ilegitimamente a esfera de proteção individual.

Pode-se incluir então, como consequência positiva de cunho coletivo, o reconhecimento, a afirmação e a efetivação do direito à felicidade pelo Estado na atividade jurisdicional, tomando como objetivo a felicidade geral. Isso pode contribuir com a contagiosa ampliação do nível de felicidade coletiva.

5.3 Felicidade como Liberdade e a oferta pelo Estado dos meios necessários à busca da felicidade (Bem Estar)

No campo da felicidade individual, destacam-se dois vieses como implicações benévolas do reconhecimento do direito à felicidade: a felicidade como garantia de liberdades individuais clássicas; e a concretização da obrigação prestacional do Estado em propiciar os meios básicos para a busca à felicidade e de ações voltadas diretamente ao aumento do bem estar geral.

Como ideia de liberdade individual imposta como limite à atividade estatal, na clássica acepção liberal que originou os conceitos de direitos fundamentais, pode-se perfilhar o direito à felicidade como liberdade e, nesse aspecto, o termo “direito à busca da felicidade” se mostra melhor adaptado. Aqui, o direito à busca da felicidade seria uma especificação do direito à felicidade.

Do ponto de vista do indivíduo em suas relações para com o Estado, o direito à busca da felicidade teria um caráter liberal, servindo como um freio às intervenções estatais arbitrárias. O gozo desse direito pode ser exemplificado quando se fala em escolhas individuais para empreendimento de projetos de realização particulares, visando a satisfação pessoal, livre de intervenções repressoras. Casos como o do casamento homoafetivo e da própria liberdade religiosa, entre outros já mencionados neste trabalho, são exemplos desse viés de liberdade clássica do direito à felicidade enquanto um direito à busca da felicidade.

Esse viés liberal do direito à busca da felicidade se refere ao direito do cidadão de não sofrer intromissões ilegítimas e desproporcionais por parte do Estado, ou mesmo de particulares, e revela que a plena realização dos desejos ou preferências legítimas deve se

concretizar livre de interferências abusivas. Sob a ótica da eficácia dos direitos fundamentais, estamos diante da tradicional eficácia vertical, na qual os direitos fundamentais são barreiras de proteção que servem ao indivíduo contra invasão abusiva estatal.

Em adição ao direito à felicidade como garantia de liberdades individuais, deve-se vislumbrar como consequência positiva do reconhecimento do direito à felicidade como direito fundamental a afirmação do direito à felicidade como um direito de índole prestacional, dirigido ao Estado enquanto provedor, enquanto promotor de direitos fundamentais das mais variadas espécies.

De acordo com a lição de Canaris, os direitos fundamentais possuem, para além do clássico desempenho de proibição de intervenção, função de imperativos de tutela, que constituem:

> (...) uma explicação dogmática convincente para a 'eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros' [...] mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indireta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro[46].

Desta maneira, pra além da mera atuação "negativa", isto é, da simples proibição de exagerada intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais individuais, corolários do liberalismo, deve o Estado se portar como verdadeiro provedor dos mais fundamentais direitos dos cidadãos, de modo a suprir ou ao menos possibilitar sua concretização por meio de ações "positivas", decorrentes do imperativo de tutela de direitos fundamentais, sobretudo os direitos de índole coletiva, cujo exemplo da felicidade se amolda perfeitamente. É seu dever, então, a criação de instrumentos que possibilitem a majoração direta da felicidade das pessoas, de modo que não se admite mais a ideia de um Estado caracterizado somente como um "Leviatã", como um ente disposto tão somente a cercear direitos individuais na medida em que visa regular as relações sociais. A única configuração estatal aceitável pelo ordenamento constitucional brasileiro é o de um constitucionalismo democrático e garantista, representado em um Estado Democrático e Social de direito, cujo objetivo precípuo é a garantia de direitos fundamentais,

---

[46] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** 3. reimp. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 58.

tanto individuais quanto coletivos, dentre os quais chama-se a atenção neste artigo para o reconhecimento da felicidade como tal.

CONCLUSÕES

No presente trabalho buscou-se analisar a questão do reconhecimento do direito à felicidade como direito fundamental e as possíveis implicações que esse reconhecimento tem gerado no meio jurídico.

Verificou-se que o panorama normativo brasileiro diverge de alguns outros países em que se reconhece constitucionalmente um direito à felicidade ou à busca da felicidade, ou ainda, a própria felicidade coletiva como um objetivo expresso do Estado. Destacam-se as Constituições japonesa, sul-coreana e da República do Butão. No Brasil, mesmo com a ausência de previsão normativa expressa, a doutrina tem apontado para um reconhecimento normativo implícito do direito à felicidade quando observa, na Constituição, todo um sistema relacionado com o bem estar, liberdade e segurança, bem como uma derivação lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Já no plano jurisprudencial, verifica-se o pioneirismo norte-americano na questão da tutela da felicidade. O panorama brasileiro acompanha esse modelo, com incipiente e crescente tratamento da questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apontando-se para um reconhecimento implícito desse direito com índole fundamental, o que pode ser observado em alguns julgados como o da união homoafetiva, o das pesquisas em células-tronco embrionárias e o do tratamento médico de soropositivos pelo Estado.

Desse gradual e consistente reconhecimento da busca da felicidade como um direito fundamental pode-se conjecturar algumas implicações ou consequências de cunho negativo e positivo. As negativas tratam-se de alguns apontamentos críticos em relação à dificuldade de afirmação e efetivação desse direito como um direito fundamental, especialmente em relação à aparente subjetividade do conceito, que faria referência a uma banalização da compreensão do rol de direitos fundamentais. Uma conceituação mais delimitada e aproximada da realidade fático jurídica pode ser capaz, juntamente com outros mecanismos de controle da atividade

judicial, reduzir a insegurança jurídica relacionada às demandas envolvendo o direito à felicidade. Quanto aos custos, facilmente se conclui que a sempre insuficiente disposição de meios para a concretização dos direitos não pode, por si só, ensejar a negação ao próprio direito, sobretudo os direitos fundamentais dos cidadãos.

Por derradeiro, explanou-se as benesses ou consequências positivas acarretadas pelo reconhecimento do direito à felicidade como direito fundamental. Ficou clara, após a revisão bibliográfica e jurisprudencial realizada, a índole fundamental do direito à felicidade, cuja afirmação e efetivação sem dúvida tende a ampliar os patamares de felicidade coletiva por meio da maior participação das pessoas nas questões sociais, bem como da concepção da busca da felicidade como um objetivo macro das decisões estatais. No âmbito individual, representa um incremento ainda maior na garantia das liberdades individuais contra invasões irregulares do Estado e a obrigação de promoção de mecanismos de busca do bem estar a todos os cidadãos por parte do Estado.

REFERÊNCIAS FINAIS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Posfácio. In GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito, felicidade e justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n° 19, de 2010 – (PEC DA FELICIDADE).** Altera o artigo 6° da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em 29/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE.** Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento em 14/04/2008. Diário de Justiça Eletrônico, 09/04/2014. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>. Acesso em 20/03/2018.

_____. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554/MG.** Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 16/08/2011. Diário de Justiça Eletrônico, 26/08/2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>. Acesso em 20/03/2018.

_____. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510.** Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico, 28/05/2010. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 20/03/2018.

_____. **Agravo de Instrumento n. 232.469/RS.** Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 12/12/1998. Disponível em: <htpp://www.stf.jus.br>. Acesso em 20/03/2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** 3. reimp. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012.

CEROY, Frederico Meinberg. **A felicidade em Freud e sua transposição para o direito.** Brasília: Edição do Autor, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Prefácio. In GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito, felicidade e justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** Tradução: SOUZA, Alexander Araújo de; SALIM, Alexandre; NETO, Alfredo Copetti; TRINDADE, André Karam; JÚNIOR, Hermes Zaneti; MENIN, Leonardo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição.** 2013. 357 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontífica Universidade Católica, São Paulo, 2013.

_____. O direito à felicidade no Brasil e na África do Sul. **Revista Publicum.** Rio de Janeiro, n. 1, 2015, p. 229-256.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério Parentoni. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Vol. 18 – n. 3 - p. 474-491/set-dez 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. Poder Judiciário não é capaz de salvar ninguém das próprias frustrações. **Revista Consultor Jurídico.** Diário de Classe. 6/09/2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-06/diario-classe-poder-judiciario-nao-capaz-salvar-ninguem-proprias-frustracoes>. Acesso em 20/03/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Erick Winer Resende. **O direito à busca da felicidade: contribuição à hermenêutica à luz do pensamento de Aristóteles.** 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2013.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Direito à felicidade.** Belo Horizonte: Folium, 2010.